智慧財產及商業法院民事判決

110年度民商上更(二)字第6號

上　訴　人　英商布拜里公司（BURBERRY LIMITED）
法定代理人　Edward Charles Rash
訴訟代理人　楊代華律師
　　高訴慈律師
被 上訴 人　東森得易購股份有限公司
法定代理人　王令麟
被 上訴 人　廖尚文
　　陳世志
共　　同
訴訟代理人　謝協昌律師
　　鄒易池律師

上列當事人間侵害商標權有關財產權爭議等事件，上訴人對於中華民國104年12月23日臺灣臺北地方法院102年度智附民字第22號第一審判決提起上訴，復經最高法院第二次發回更審，上訴人並為訴之追加，本院於112年7月13日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二至五項之訴部分，及該部分假執行之聲請均廢棄。

二、東森得易購股份有限公司不得販賣未經上訴人同意使用相同或近似於附表一所示商標之手錶。

三、東森得易購股份有限公司（原森森百貨股份有限公司）應與陳立偉、惟富國際有限公司連帶給付原判決第二項命給付上訴人新臺幣7,784,058元，及自民國102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。又東森得易購股份有限公司應與陳立偉、惟富國際有限公司連帶給付原判決第二項命給付上訴人新臺幣3,827,136元，及自民國102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。

四、東森得易購股份有限公司（原森森百貨股份有限公司）應與陳立偉、閎泰國際有限公司連帶給付原判決第三項命給付上

訴人新臺幣2,740,339元，及自民國102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。又東森得易購股份有限公司應與陳立偉、閎泰國際有限公司連帶給付原判決第三項命給付上訴人新臺幣2,749,189元，及自民國102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。

五、東森得易購股份有限公司（原森森百貨股份有限公司）應與陳立偉、寅彩國際有限公司連帶給付原判決第四項命給付上訴人新臺幣82,548元，及自民國102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。

六、上訴人其餘上訴（撤回部分除外）駁回。

七、東森得易購股份有限公司應負擔費用，將本件最後事實審判決書之標題、案號、當事人、案由及主文內容，以新細明體10號字體刊登於聯合報頭版版頭壹日。

八、上訴人其餘追加之訴駁回。

九、第二審追加之訴及發回前第三審訴訟費用，由東森得易購股份有限公司負擔三分之一，其餘由上訴人負擔。

十、本判決第二至五項所命金錢給付，於上訴人以附表二之供擔保金額欄所示金額供擔保後，得假執行；但東森得易購股份有限公司如以附表二之供擔保金額欄所示金額為上訴人預供擔保，得免為假執行。

十一、上訴人其餘假執行之聲請均駁回。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權，始得受理。次依內國法之規定或概念，就爭執之法律關係予以定性後，決定應適用之法律(即準據法)。我國涉外民事法律適用法乃係對於涉外事件，就內國之法律，決定其應適用何國法律之法，至法院管轄部分，並無明文規定，故就具體事件受訴法院是否有管轄權，得以民事訴訟法關於管轄之規定及國際規範等為法理，本於當事人訴訟程序公平性、裁判正當與迅速等國際民事訴訟法

基本原則，以定國際裁判管轄。本件上訴人英商布拜里公司(原審原告，下稱上訴人或布拜里公司)為英國公司，故為涉外民事事件，被上訴人東森得易購股份有限公司(原審被告，下稱東森公司)之營業所所在地設於我國，被上訴人廖尚文、陳世志(均為原審被告)之住所地均在我國，且上訴人主張之侵權行為地亦在我國，經類推民事訴訟法第1條第1項、第2條第2項、第15條第1項規定，我國法院自有國際管轄權。又按以智慧財產為標的之權利，依該權利應受保護地之法律，涉外民事法律適用法第42條第1項定有明文，是本件應以上訴人主張權利應受保護地之我國法為準據法。

二、本件審理範圍之說明：

(一)上訴人起訴主張被上訴人東森公司、森森百貨股份有限公司(下稱森森公司)、廖尚文、陳世志(以上四人合稱為東森公司等人)，與原審被告惟富國際有限公司(下稱惟富公司)、閎泰國際有限公司(下稱閎泰公司)、寅彩國際有限公司(下稱寅彩公司，並與上二公司合稱為惟富等公司)、陳立偉(以上四人合稱為陳立偉等人)，共同侵害其所有我國註冊第1002226、1132576、1052398、1052384、1070301號商標(合稱為系爭商標，如附表一)。原審判決布拜里公司對於陳立偉等人之請求部分勝訴，惟對於東森公司等人之請求判決全部敗訴，經布拜里公司就其敗訴部分提起上訴，陳立偉等人亦提起附帶上訴。前經本院105年度重附民上字第1號刑事附帶民事訴訟判決就布拜里公司上訴部分，為部分勝訴(請求東森公司等人不得販賣侵害系爭商標圖樣手錶、應與陳立偉等人不真正連帶給付原審判賠金額及共同負擔登報費用)判決，就陳立偉等人之附帶上訴，則為上訴駁回之敗訴判決。

(二)布拜里公司就其二審敗訴部分提起部分上訴，東森公司等人及陳立偉等人則就其敗訴部分均提起上訴。又因森森公司與東森公司合併，東森公司為存續公司，並由東森公司、廖尚文具狀聲明承受訴訟後，最高法院以106年度台上字第1836號判決廢棄本院105年度重附民上字第1號判決命東森公司

(含原森森公司)、廖尚文、陳世志不得販賣侵害系爭商標圖樣手錶、連帶給付及共同負擔登報費用，及駁回布拜里公司請求東森公司就原森森公司部分與廖尚文再連帶給付新臺幣(下同)620萬元本息、及東森公司與陳世志再連帶給付360萬元本息部分之上訴，並發回本院，惟駁回陳立偉等人之上訴（陳立偉等人部分已敗訴確定）。本院107年度民商上更㈠字第2號（下稱更一審)就最高法院上開發回部分，為上訴人一部勝訴(請求東森公司等人不得販賣侵害商標圖樣手錶、連帶給付及共同負擔登報費用、利息起算日等)、一部敗訴(連帶給付)判決。又上訴人及東森公司等人分別就其敗訴部分再提起第三審上訴，經最高法院以109年度台上字第2370號判決廢棄本院更一審判決，第二次發回本院。是本件審理範圍僅餘上訴人對於東森公司等人之請求部分，至陳立偉等人部分業已確定，自不在本件審理範圍內，先予敘明。

三、按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者，不在此限，為民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第4款所明定。本件上訴人原聲明請求東森公司、廖尚文、陳世志應就原判決第五項命陳立偉等人應將最後事實審判決書之標題、案號、當事人、案由及主文內容，以新細明體10號字體登載於蘋果日報1日部分，與陳立偉等人共同負擔費用，今因蘋果日報已停刊而有情事變更之情形，故上訴人撤回前開聲明，並追加聲明請求被上訴人應共同負擔費用，以前揭方式刊登於聯合報頭版版頭1日（更二審卷三第169頁），雖被上訴人不同意追加，然核無不合，應予准許。

貳、實體事項：

一、上訴人主張略以：

(一)上訴人乃世界著名之精品產銷公司，以產銷衣服、圍巾、帽子、珠寶、手錶、香水等精品聞世，並為附表一所示系爭商標之商標權人。緣東森公司經營「東森購物網」及森森公司經營「森森購物網」（下稱系爭購物網，嗣森森公司與東森

公司合併，東森公司為存續公司）暨其等經營之電視購物台，均係整合供應商，再提供資訊與使用介面，吸引消費者直接向森森公司或東森公司購買商品的業者，對所販售商品是否為仿冒品應嚴予把關，竟僅要求供應商提出進口報單、完稅證明及切結書等文件，顯不足以作為判斷供應商所提供商品是否經合法授權製造或為真品之依據，且僅憑5張共計進口73支手錶之進口報單，即銷售高達6,000多支手錶，顯然未盡善良管理人之注意義務，自民國100年10月起至101年12月14日止，將惟富等公司之負責人陳立偉自大陸地區進口來源不明，且未經上訴人授權生產而侵害系爭商標之BURBERRY手錶（含包裝盒、使用手冊、保證書、吊牌等，下稱系爭手錶），於系爭購物網及電視購物台誆稱「原廠正貨、英國精品」或「原廠製造、價位低廉」，以每支新臺幣（下同）7,999元至15,780元不等之價格公開陳列、販賣，致不特定消費者誤認仿冒之系爭手錶為真品，向東森公司付款購買，再由惟富等公司出貨予購買之消費者，共同不法侵害系爭商標權，應依商標法第69條第1、3項、民法第185條規定，與陳立偉等人負防止侵害及連帶賠償責任。又廖尚文、陳世志斯時分別為森森公司、東森公司之負責人，應依公司法第23條第2項規定分別與公司負連帶賠償責任，且渠等執行職務時未落實監督及盡到品管審核之責任，顯有過失，亦為實際侵權行為人，應負共同侵權行為責任，並得請求防止渠等對於系爭商標之侵害。

(二)上訴人請求損害賠償金額之計算方法，則依商標法第71條第1項第2、3款規定，以銷售商品總價計算侵害系爭商標權所得利益或以商品零售單價1500倍計算（但所查獲商品超過1,500件時以總價計算），擇一最有利上訴人之金額為認定。又上訴人之請求並未違反衡平原則，自不適用酌減賠償金額之規定，且東森公司等人應與陳立偉等人依連帶給付原則對上訴人負責，不得以其內部約定獲利之成數為責任範圍而扣除（未繫屬本院者，不予贅載）。

二、被上訴人之抗辯意旨：

(一)系爭手錶並非侵害系爭商標之仿冒品：

1.FOSSIL亞太區總公司為上訴人之經銷商，該公司經理李偉基（Timothy Li）並非法院或檢察官選任之公正鑑定人，其於本件刑案所為證述及出具之鑑定報告並無證據力及證明力，無法採為系爭手錶為仿冒品之依據。

2.系爭手錶是否為仿冒品之舉證責任應由上訴人負擔，上訴人自應提出相同型號之真品與所稱查扣之仿冒品比對，並送請第三方專業機關進行鑑定，如無法進行真品比對鑑定之不利益，自應由上訴人負擔。故上訴人所銷售由陳立偉提供之系爭手錶，均非侵害系爭商標之仿冒品。

(二)東森公司、森森公司已盡善良管理人之注意義務：

1.系爭手錶之銷售者為惟富等公司而非東森公司、森森公司，被上訴人對於消費者所負出賣人之注意義務或責任，與對於商標權人之侵權行為注意義務或責任不同，不能混為一談。

2.被上訴人無不法侵害上訴人系爭商標之故意或過失。又東森公司、森森公司依與惟富等公司簽訂之商品寄售契約書，均要求廠商須保證所提供之商品係真品，且確經合法正當來源取得，並無仿冒或侵害他人權益；及依內部制定的精品檢驗規範（精品配飾類商品送檢須知之精品類商品應注意事項），已要求惟富等公司出具進口報單、海關進口完稅證明、真品切結書等文件，且系爭手錶是由惟富等公司直接出貨給消費者，東森公司、森森公司無從知悉為仿冒品，已盡善良管理人之注意義務而無侵權過失可言。

3.況依數位通訊傳播法草案之精神及目前多數實務見解，東森公司、森森公司不負事前審查及事後監督之責，若購物平台業者事先有與廠商簽訂保證其所提供商品並無侵犯他人智慧財產權之切結條款，且事後盡到「通知、取下」責任，即屬已盡善良管理人之注意義務而可免責。因此，被上訴人無須對上訴人負侵害系爭商標權之責任。

(三)廖尚文、陳世志均無須與森森公司、東森公司負連帶賠償責任：

系爭手錶是由森森公司、東森公司對外販售，廖尚文、陳世志均未參與銷售或銷售流程之審核過程，並無為任何與本案有關之業務執行，非本件侵權行為人，亦無故意或過失，不能逕以公司有銷售行為即認屬渠等之執行業務範圍，且上訴人未能舉證渠等對於販售仿冒品有何實際侵權行為，或與陳立偉等人有何犯意聯絡，要無公司法第23條第2項之適用。

(四)上訴人主張損害賠償之計算方法均不可採：

1.有關商標法第71條第1項第2款，上訴人未舉證證明東森公司、森森公司已銷售之手錶均為仿冒品，且惟富等公司之零售單價應以被上訴人提出之統一發票為據。又該款計算所得利益，須扣除成本及必要費用，除需扣除給付惟富等公司之銷售利益外，應再扣除被上訴人銷售過程產生之行政費用，即「分期手續費」、「客服成本」、「行政處理費」、「上架費」等必要費用後，上訴人請求金額顯然過高。

2.關於同條項第3款，本案並未在閎泰公司、寅彩公司查獲侵害系爭商標之系爭手錶，檢調單位僅在惟富公司查獲233支系爭手錶，但無證據證明售出手錶係侵害系爭商標權商品，亦未於東森公司、森森公司查獲任何侵權商品，自無法以惟富公司查獲數量作為東森公司、森森公司之損害賠償計算依據。

3.東森公司等人並未被實際查獲到6千多件已售出系爭手錶，縱認有售出，上訴人亦未能證明已售出者均為仿冒品，且該款應以「平均單價」為計算，上訴人以各別單價乘以倍數後加總，並不可採。又本件既然查獲數量未逾1,500支手錶，自無法依第3款但書規定計算。退步言，縱認上訴人主張依本款作為計算損害賠償之方法有理，然將使上訴人獲取遠逾其所受損害之賠償，致會有不當得利之情事，與填補損害之目的有違。

(五)上訴人並未舉證證明被上訴人所販售之系爭手錶為仿冒品，其請求被上訴人不得販賣侵害系爭商標之商品，為無理由。另上訴人主張消費者因信賴系爭商標才願意購買系爭手錶，然因所購者為品質不良之仿冒品，將影響上訴人之信譽，僅為上訴人本身之臆測，並無任何根據，且上訴人請求財產上之損害賠償即已足填補其所受損害，法院判決書均會公開於司法院網站供不特定人觀覽，上訴人依民法第195條規定請求將判決書登報，並無必要。

三、本件上訴人對被上訴人東森公司等人之請求，原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，並經最高法院第二次發回後，上訴人聲明及為訴之追加：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項至第八項之訴及訴訟費用之裁判均廢棄。㈡東森公司、廖尚文、陳世志不得販賣未經上訴人同意使用相同或近似於附表一所示商標之手錶。㈢東森公司(原森森公司)、廖尚文應連帶給付原判決第二項命陳立偉及惟富公司應連帶給付2,360萬元部分及該部分自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈣東森公司、陳世志應連帶給付原判決第二項命陳立偉及惟富公司應連帶給付2,000萬元部分及該部分自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈤東森公司(原森森公司)、廖尚文應連帶給付原判決第三項命陳立偉及閎泰公司應連帶給付820萬元部分及該部分自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈥東森公司、陳世志應連帶給付原判決第三項命陳立偉及閎泰公司應連帶給付660萬元部分及該部分自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈦東森公司(原森森公司)、廖尚文應連帶給付原判決第四項命陳立偉及寅彩公司應連帶給付上訴人160萬元部分及該部分自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈧東森公司、廖尚文及陳世志應共同負擔費用，將本件最後事實審判決書之標題、案號、當事人、案由及主文內容，以新細明體10號字體刊登於聯合報頭版版頭1日。㈨第三項至第七項聲明，上

訴人願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人均為答辯聲明：㈠上訴及追加之訴均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項(更二審卷二第107至108頁)：

(一)上訴人為附表1所示系爭商標之商標權人。

(二)原審被告陳立偉於本件刑事案件偵查及審理期間，分別為惟富等公司之負責人。

(三)陳立偉自100年10月間起以惟富公司、閎泰公司、寅彩公司名義，透過森森公司、東森公司經營之系爭購物網及電視購物台，銷售使用含有系爭商標之手錶予消費者。

(四)內政部警政署保安警察第二總隊第一大隊第一中隊台北分隊(下稱智慧財產警察台北分隊)於101年12月14日前往○○市○○○路0段000巷0弄00號(惟富公司、閎泰公司之登記地址)進行搜索扣得如臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號刑事判決之附表三所示物品。

(五)陳立偉違反商標法案件經臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號刑事判決判處有期徒刑1年10月，並經本院105年度刑智上易字第9號判決駁回陳立偉之上訴而確定。

(六)森森公司、東森公司於本件刑事案件偵查中及第一審審理程序進行中，曾依智慧財產警察台北分隊及臺灣臺北地方法院要求，提出其分別銷售惟富公司、閎泰公司、寅彩公司所提供含有系爭商標手錶之明細如原審原證10、11、更審前二審上證4、5（惟被上訴人爭執其數量及金額）。嗣東森公司於108年3月12日本院更一審時提出如被上證2明細(惟上訴人否認更一審被上證2之真正)。

(七)森森公司、東森公司於106年5月間合併，森森公司為消滅公司，東森公司為存續公司，並已於106年8月2日具狀聲明承受訴訟。

(八)東森公司有分別與惟富公司、閎泰公司、寅彩公司簽立如更一審被上證8至10所示商品寄售契約書。

五、本院就兩造爭點所為判斷：

(一)上訴人主張本件侵害系爭商標權時間為自100年10月間起至101年12月14日止，依實體從舊程序從新原則，應適用99年8月25日修正公布之商標法(下稱99年商標法)及101年7月1日施行之商標法(下稱101年商標法)。

(二)森森公司、東森公司所販售由陳立偉等人提供之系爭手錶，為未經上訴人同意或授權之侵害系爭商標商品：

1.按「未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」101年商標法第68條定有明文（99年商標法第29條第2項及第61條第2項亦有相同規定）。

2.森森公司、東森公司自100年10月起至101年12月14日止，在其經營之系爭購物網及電視購物台，銷售由陳立偉以惟富等公司名義提供而使用與系爭商標圖樣相同之系爭手錶予消費者，且陳立偉因違反商標法案件，業經臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號刑事判決判處有期徒刑1年10月，並經本院105年度刑智上易字第9號判決駁回陳立偉之上訴而確定，此為兩造所不爭執，復經本院調取該案扣得如臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號刑事判決之附表三所示物品查核無誤，堪認屬實。

3.系爭手錶為仿冒系爭商標之商品：

⑴系爭手錶之生產廠商來源不明且無合法授權文件乙節，業據陳立偉於本件刑案警訊中供稱：系爭手錶是向中國大陸地區不詳姓名、無法確認真實身分之林姓男子購入，並無進貨單據，也沒授權文件等語(臺灣臺北地方檢察署102年度偵字第8012號卷，下稱偵卷，第11至15頁)；於偵查中供稱：伊是直接向他們工廠進貨進水貨，所以沒有辦法去問工廠等語(偵卷第187頁)；於原審刑事附帶民事訴訟案件審理中供稱：伊大約從101年初或100年底開始向林先生

進貨，除了BURBERRY手錶外，沒有和林先生做過其他生意，也不知道林先生之真實姓名，是透過網路搜尋到他有銷售BURBERRY手錶，林先生沒有工廠，因為他是跟當地經銷商做採買，他沒有辦法提供經銷商地址，匯款帳戶都是林先生提供，伊從大陸林先生進貨之手錶，都是從大陸以小三通或空運過來的，沒有經過報關等語(北院102年度智附民字第22號卷二第240頁、第244頁背面至第247頁、卷三第208頁)。堪認陳立偉向大陸地區林姓男子進貨之系爭手錶，並非來自上訴人原廠授權之真品。

⑵觀諸陳立偉提給東森公司、森森公司之「切結書及海關進口快遞貨物稅費繳納證明、進口報單」(原審智附民22號卷一第143至157頁)，其中第1筆及第5筆之時間雖相隔五個月，且分別是針對「855626 Burberry 經典條紋計時腕錶」及「1101101 Burberry英倫格紋計時腕錶」二個不同型號的手錶所出具，但陳立偉卻提供稅單號碼、日期及金額均完全相同之「海關進口快遞貨物稅繳納證明」作為進口證明文件，且其所提供「進口報單」，包括提單號數、日期、金額等所有內容均屬相同，僅有商品型號不同而已；另其中第2筆、第3筆及第4筆之時間雖相隔兩個月至四個月之久，且分別是針對「861778 Burberry時尚簡約女鍊錶」、「883370 Burberry 騎士優雅月相腕錶」及「898940 Burberry 都會風格格紋腕錶」等三個不同型號的手錶所提出，但亦有稅單號碼、日期及金額均完全相同情形等情，此有上訴人彙整之對照表可參(更一審卷一第154至155頁)，可見陳立偉所提出之進口報單等文件顯然有偽造或變造之情形。

⑶本件刑事案件警方於惟富公司查扣系爭手錶233支，經本院調取本件刑案智慧財產警察台北分隊查扣之系爭手錶（臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號刑事判決附表三）進行勘驗，共有手錶合計232支（惟其中有1支非屬BURBERRY牌），且該手錶、包裝盒及吊牌上，確有如附表1

所示之系爭商標圖樣（更二審卷二第145至170-1頁）。而依證人李偉基（Timothy Li）前於臺灣臺北地方法院102年度智易字第99號案件審理中到庭逐一檢視各型號之扣案手錶、使用手冊、保證書、保證卡、錶帶、錶盒及吊牌，並具結證述查扣物品均為仿冒品（僅裸錶型號BU4933之面板上字母、盒裝錶型號BU1221之米白色外盒、手冊及保固證明書、型號BU1550之米白色外盒、手冊及保固書、型號BU1856之米白色外盒及使用手冊、型號BU1857之米白色外盒部分無法辨別，其證詞詳參本院更二審卷一第67至72頁、更二審卷二第245至293頁），可見扣案系爭手錶之系爭商標英文字母字型、手工藝、細節等處，均與真品存有重大差異。

⑷再參酌警方於惟富公司除有查扣裸錶外，更有無法與查扣手錶數量對應之大量包裝空盒、商標吊牌、使用手冊、保證書、保證卡等。衡酌因上訴人系爭商標之手錶是國際知名精品，衡諸一般交易習慣應會以完整盒裝出售，並不可能有裸錶與空盒分開之情形，更不可能有使用手冊、保證書、保證卡數量不符之情形。由此益見陳立偉提供予東森公司、森森公司販售之系爭手錶，應係仿冒系爭商標之商品。

⑸基上，陳立偉所提供予東森公司、森森公司販售之系爭手錶，既係在未有任何授權證明文件、或上游或經當地經銷商出具之合法出貨文件情形下，即向真實姓名年籍不詳之大陸地區林姓男子進貨，再以小三通或空運方式，未經報關，且查扣有裸錶及大量包裝空盒，復參以系爭手錶之系爭商標英文字母字型、手工藝、細節等處，均與真品存有重大差異，足認系爭手錶為未經上訴人授權生產之仿冒系爭商標商品。

4.被上訴人雖辯以：系爭手錶是否為仿冒品之舉證責任應由上訴人負擔，FOSSIL亞太區總公司為上訴人之經銷商，該公司經理李偉基並非受法院選任之合法鑑定人，亦未踐行鑑定人

具結程序，其證詞或書面報告均偏頗不可信，質疑其鑑定能力，並請求本院命上訴人應提供真品，連同將扣案系爭手錶送請公正的第三單位進行鑑定以確定真偽云云。惟查：

⑴李偉基於本件刑案審理中已證述：伊自西元2011年10月起即進入FOSSIL亞太區公司任職，擔任品牌保護、防損總監，平均每個月接觸40至50宗鑑定工作，到目前為止已經任職3年，上訴人從西元2002年開始將手錶獨家授權給FOSSIL公司生產，所以對於手錶產品真偽，有很高程度瞭解，也有能力在法庭或辦公室做鑑定，在加入FOSSIL公司後，有3個月培訓，負責工廠生產同事會培訓關於技術方面之資料，負責市場買賣同事會告知關於市場買賣之情況，之前在中國、韓國、日本也曾經就BURBERRY手錶之真偽做過鑑定，平均每月大概有40至45件等語（更二審卷二第245至249頁）。參以李偉基所任職之FOSSIL公司為上訴人獨家授權製造手錶之公司，此為兩造所不爭執，其又擔任品牌保護、防損總監，對於系爭商標BURBERRY手錶之特徵、做工、細節等瞭解之程度自較一般人為高，足見李偉基應有辨別系爭商標手錶真偽之能力。

⑵商標法中所稱真品或仿冒品，乃以該商品是否經過商標權人之同意或授權使用商標而認定，並非以該商品外觀、結構、品質與商標權人產製之商品是否相同而為認定。又高單價精品為避免其產品遭仿冒均設有若干防偽或辨識之機制或方法，除商標權人以外，並無其他人較之商標權人更有鑑別真偽之能力，因此僅以兼具上訴人經銷商或商標權人之員工身分，並非受法院選任之鑑定人，即認其所為陳述內容毫無證據力或證明力，而不足以作為真偽品判斷依據，顯非有據。依前所述，本件由陳立偉所提供給東森公司、森森公司販售之系爭手錶既係向大陸不知名工廠取得，顯非經上訴人合法授權在外流通之商品，參酌系爭手錶未經正常程序報關，且在惟富公司查扣有裸錶及大量包裝空盒，與一般精品手錶之進貨流程及會有完整包裝之情

形不同，復參以系爭手錶之英文字母字型特徵、做工、細節與真品不同之處，業經李偉基於本件刑案審理中證述甚詳，綜合上開證據判斷，已足以認定系爭手錶所使用之系爭商標非經由上訴人同意或授權無誤。

⑶又本件經最高法院發回後，本院曾依被上訴人聲請送鑑定之單位，分別函請財團法人臺灣經濟科技發展研究院(1)、臺灣綜合研究院(2)、財團法人中華工商研究院(3)、台大嚴慶齡工業研究中心(4)、台北市鐘錶眼鏡業職業工會(5)、新北市鐘錶眼鏡業職業工會(6)、台灣區鐘錶工業同業公會(7)等單位，推薦可依扣案手錶實品鑑定真偽及機芯之人選等情(更二審卷二第505頁)。據前開單位(1)、(2)、(4)、(5)、(6)均回覆本院稱對於上開鑑定事項無法協助處理，或無法提供鑑定人選及服務等語(更二審卷二第527、529、547頁；更二審卷三第25頁)。其中單位(7)回覆稱：伊無法鑑定BUBERRY的手錶…拆開手錶雖可以看到是否使用瑞士生產之RONDA機芯，惟即使使用相同的機芯，不代表就是真品等語(更二審卷三第25頁)，可知縱使鑑定結果與真品十分相似或完全相同，亦無法證明扣案系爭手錶是經過上訴人授權販賣之商品。

⑷至前開單位(3)回稱：有關扣案手錶及機芯是否為真品或仿冒品等鑑定事項，尚需先行取得與扣案手錶同款(同型號)外觀商品之真品資料與實品，包含而不限於型錄、規格書與仿偽識別文件等，藉此依規格資訊、真品實品與扣案手錶實品之主要外觀特徵進行非破壞性之初步檢視等語（更二審卷三第14至15頁）。惟使用系爭商標之時尚精品具有流行性，本件案發迄今已逾10多年，上訴人表示現已無生產銷售與系爭手錶同款之真品而無法提出真品可供鑑定，非不合理，且依證人李偉基函覆本院：扣案系爭手錶均為FOSSIL公司西元2016年前位於瑞士錶廠生產的型號，因FOSSIL公司與上訴人的商業關係已結束多年，確定已沒有儲存有關手錶的樣本，所有樣本已經被銷毀等語（更二

審卷二第351頁），故被上訴人以上訴人拒不提出真品，應生民事訴訟法第282條之1妨礙他造使用證據之失權效果，尚屬無據。再觀諸扣案系爭手錶均無原廠保證書，僅有惟富等公司出具之保證卡（同上卷第49至50頁），故實際上尚無法依前開單位(3)之要求進行鑑定。縱然未將扣案之系爭手錶再送請該單位鑑定，依前揭第⑵點所述，仍不足以推翻系爭手錶乃非經上訴人授權使用系爭商標之商品之認定，被上訴人實無從以此遽謂上訴人即未就系爭手錶之真偽盡舉證責任。

⑸另被上訴人雖援引證人劉德新於本件刑案中證稱：陳立偉於99年10月開始拿著BURBERRY手錶來，請伊打開手錶，問是不是使用瑞士RONDA機芯，做工是否夠精細，伊當時打開手錶看完之後，說確實有打RONDA瑞士機芯，做工也蠻精細，以伊專業判斷，不屬於偽品等語（更二審卷二第465頁），主張系爭手錶確使用瑞士生產之機芯，應非仿冒品云云。惟依證人劉德新自承係從事鐘錶銷售及維修之人，僅接受過維修之專業訓練，而鑑定部分僅係靠同行之間彼此切磋、參考國外網站及書籍資訊，並未受過專業訓練，亦從未擔任過司法案件之鑑定人或出具意見，其店內復無販售過BURBERRY手錶等語（同上卷第464至469頁），自難認定證人劉德新有辨別BURBERRY手錶真偽之能力。況證人劉德新亦證述：BURBERRY手錶的機芯，基本上是共同機芯，這方面不具仿偽功能（同上卷第470頁）。是以，被上訴人逕以證人劉德新所述其認系爭手錶使用RONDA瑞士機芯，應不屬於偽品等語，無非僅為其個人猜測，尚不足以作為認定系爭手錶為真品之依據。

5.綜上，本件森森公司或東森公司所販售由陳立偉提供之系爭手錶，乃未經上訴人同意或授權而使用系爭商標之仿冒品，而非真品，應堪認定。

(三)東森公司、森森公司販售系爭手錶時未盡善良管理人之注意義務，應共同負擔侵害系爭商標之過失責任：

1.按未經商標權人同意，為行銷目的於同一商品使用相同於註冊商標之商標者，為侵害商標權，101年商標法第68條第1款定有明文。再依同法第5條第2款規定可知，為行銷之目的，將商標用於商品，而販賣該商品，足以使相關消費者認識其為商標，為商標之使用。同法第97條亦規範販賣仿冒商標商品之罰則。可知販賣侵害他人商標權商品，客觀上即構成侵害商標權之不法行為。

2.東森公司、森森公司與陳立偉等人為共同侵害上訴人之系爭商標權之行為：

⑴觀諸森森公司與惟富等公司簽署「供應商合作契約書」，及東森公司與惟富等公司簽署「商品寄售契約書」，可知雙方約定：由惟富等公司負責商品、服務及相關宣傳素材之提供與授權，森森公司、東森公司負責製作相關節目或廣告，並於電視及其他媒體或通路代為行銷供應商所提供之商品或服務(原審智附民22號卷一第98至99頁背面、第105至106頁、第112至113頁、第119至121頁、第129頁正反、第136頁正反)。

⑵東森公司、森森公司乃以大型零售商之出賣人地位販售系爭手錶(包含在電視購物台以及系爭購物網)予消費者。是東森公司、森森公司未經上訴人同意販售使用系爭商標之系爭手錶，與惟富等公司構成共同侵害上訴人商標權之行為：

①東森公司、森森公司在電視購物台銷售方式，係由一節目主持人搭配廠商共同促銷商品，該電視購物台之主持人為東森公司、森森公司之受僱人，而非供應商之員工等情，此為兩造所不爭執。依原審刑事案件中101年6月14日森森購物頻道錄影光碟勘驗筆錄(見臺北地院102年度智易字第99號卷二第96至117頁)，可見森森公司之節目主持人與陳立偉全程以一搭一唱方式，向消費者積極促銷系爭手錶為上訴人所生產並為授權販售真品，且消費者得享有「原廠保固」訊息。

②有關東森公司製播廣告之過程，該公司法務代表曾於93年5月25日到公平交易委員會說明：「公司於商品廣告播出前，均有一製播會議，由該公司導演、主持人、製作人及供貨廠商共同出席，於製播會議中，該公司皆與商品供貨商討論廣告內容，廣告內容經決定即進入拍攝現場。該公司所有廣告皆為LIVE立即播送，一經播送無法修改，且於製播會議後或播送前，並無預錄帶或錄影帶，故供貨商無權對廣告內容修改或審核，惟得於製播會議充分表達意見」等語，有公平會公處字第093115號處分書附卷可參(原審智附民22號卷二第213頁背面)。由上可知，購物台廣告內容是由購物台業者主導召開製播會議，並由該公司人員擔任包括導演、主持人、製作人在內之要職主導製作、拍攝，供貨廠商僅能於該會議中表達意見，購物台業者擁有完全之決定權，佐以前開購物台主持人係購物台業者所聘僱，其促銷功力對該檔商品銷售量占極重要角色，影響購物台之營收好壞甚深，且消費者見電視購物節目後，從撥打節目訂購電話、客服人員諮詢、訂貨到售貨服務等等，亦均由東森公司及森森公司處理，發票亦由東森公司、森森公司開立，故東森公司、森森公司在整個銷售系爭手錶過程中，非僅是協助廠商促銷而已，本身即為立於出賣人地位為商品銷售行為。

③系爭手錶除在電視購物頻道販售外，亦會在系爭購物網販售，此觀諸東森購物網、森森購物網之網頁畫面，二公司確實在網頁上強調系爭手錶是「原廠正貨英國精品」、「100%瑞士製造，優質的保證名牌地位血統」(見刑事卷偵卷第95頁、第105頁)。再觀諸東森購物網、森森購物網之商品銷售頁面，就交易外觀，亦僅有東森購物網、森森購物網之標示，無法得知其實際供貨之廠商為何(同上卷第95至98頁、第104至105頁)。此外，消費者在上開購物網上購物，從下單、諮詢及售後

服務如退換貨等事宜，均由東森公司、森森公司處理，購物發票亦由兩家公司開立等情，此有商品寄售契約書、發票附卷可參(原審智附民22號卷一第119至143頁、卷三第238至242頁)。參以東森公司之官方網站：「除電視購物之外，東森購物並擁有閱讀率第一名的購物型錄、營收迭創新高的ET Mall東森購物網、無遠弗屆的手機行動購物，以及與電信龍頭中華電信合作，開拓的互動電視購物平台」(見最高法院106年度台上字第1836號卷三第187頁)，且「集團購物網有別於大部分網購平台，擁有電視購物的基礎背景，不論商品或毛利結構都有不可取代性」等語，亦有相關新聞報導可參(同上卷第191頁)，顯然東森公司集團經營模式，是先透過電視購物以一次展演一種商品，透過節目的檔期主動且單一的販賣商品，再輔以將商品在系爭購物網上架，讓消費者選購，是東森公司、森森公司對系爭手錶在電視購物台之促銷行為亦會延伸至系爭購物網。

④綜上，由森森公司、東森公司未經上訴人同意而於電視購物台、系爭購物網，基於出賣人地位銷售系爭手錶之行銷行為，可認確實有積極行銷而直接侵害系爭商標之行為，非如被上訴人所辯：系爭手錶之銷售者為惟富等公司，而非東森公司、森森公司云云。是以，東森公司、森森公司自應與提供仿冒系爭商標之手錶之陳立偉、惟富等公司，共同負擔侵害上訴人商標權之責任。

⑶被上訴人雖辯稱消費者若購得仿冒品，森森公司、東森公司會退款給消費者並下架該商品，此與對商標權人的責任不同，其等無須負侵害商標權責任，且東森公司、森森公司為法人組織，依我國實務見解並無侵權行為能力云云。惟販賣侵害他人商標權商品，客觀上即構成侵害商標權之不法行為，至於其主觀上是否有侵害商標權之故意、過失乃屬其所應盡的善良管理人注意義務為何，不得混為一談。另按民法上之侵權行為規定，於法人組織亦有適用，

此業經最高法院108年度台上徵字第2035號依法定徵詢程序統一法律見解(參最高法院108年度台上字第2035號民事判決)，被上訴人前開所辯，均不足採。

3.東森公司、森森公司並未盡其應有之善良管理人注意義務，且不能以網路平台業者「通知、取下」之責任免責：

⑴按法人自己侵權行為之成立，須有侵害行為，包括作為與不作為，直接侵害與間接侵害，其責任則建立在往來交易安全義務及組織義務。關於往來交易安全方面，法人從事各種社會經濟活動，應有防範其所開啟或持續之危險致侵害他人權利之義務；在組織上，法人應確保其配置之人員須具備所從事工作及危險防範之專業能力，如有不符專業之作為或不作為，即屬組織欠缺而有過失，對侵害他人權利之結果，應負侵權行為損害賠償責任(最高法院108年度台上字第1499號判決意旨參照)。而所謂過失，乃應注意能注意而不注意即欠缺注意義務之謂。又構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。至行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同(最高法院104年度台上字第782號判決意旨參照)。

⑵被上訴人辯稱：簽約時均要求供應商即惟富等公司提出進口報單、海關完稅證明、切結書等文件，就所販賣系爭手錶乃平行輸入，且系爭手錶是由惟富等公司直接出貨給消費者，無從知悉為仿冒品，已盡善良管理人之注意義務云云。惟查：

①依東森公司與惟富等公司間之商品寄售契約書第8條第1項雖約定：「甲方(即惟富公司、閎泰公司及寅彩公司)保證提供予乙方(即東森公司)之所有『標的商品』及其包裝、商標、專利、說明、提供之廣告圖片電子圖檔、企劃宣傳材料及公私機關單位所核發之認證及檢驗之證明資料等，確經合法正當來源取得，並絕無任何仿冒或

侵害他人權益、肖像權或違反相關法令情事。」(見原審智附民22號卷一第119至142頁)；惟富等公司出具之切結書雖載：確保商品係依法報關進口課稅之真品，商品來源是透過合法管道取得，保證商品非仿冒品等語(同上卷第143、146、149、152、155、158頁)。但由於上開文件均為陳立偉等人單方面出具，而以系爭商標為世界知名品牌，系爭手錶為國際精品，東森公司、森森公司在電視購物台促銷系爭手錶時亦不斷強調為原廠正貨、原廠保證書，在此情形下，見供貨商陳立偉能以遠低於市價之價格提供數千支手錶，且陳立偉亦非上訴人之授權經銷商或代理商之情形下，東森公司、森森公司理應向供貨商陳立偉確認清楚系爭手錶的來源、上游有無取得合法授權，若為平行輸入商品至少應有購入商品之發票等購買憑證，以確認所販賣手錶確為真品，然而，其等在接洽陳立偉時並未曾向陳立偉詢問過商品是在哪個國家製造、從哪個國家進口、向何人購入、有無授權書或經銷證明書等等(見原審智附民22號卷二第244頁背面之陳立偉陳述)，僅以陳立偉等人「單方面」出具之切結書擔保為真品，即率予採信而在電視購物頻道、系爭購物網上販賣高單價之系爭手錶精品，難謂已完全盡其應有之善良管理人注意義務。

②就被上訴人所提進口報單、進口完稅證明，陳立偉僅提出5張(共進口73支手錶)無海關印文之進口報單及繳稅證明予東森公司、森森公司，然其所提的進口報單為影本，影本上所載「與正本相符」乃陳立偉自行蓋載等情，業據陳立偉於原審陳述明確(原審智附民22號卷二第241頁背面、第242頁至243頁)。又依證人即森森公司品管部襄理謝瑞晨證述：伊在核對進口報單及完稅證明時，並沒有要求提出正本，也沒有看過正本等語(原審智附民22號卷三第207頁背面)。再者，陳立偉所提之5張進口報單有於不同時間、針對不同商品提出的進口文

件，重複使用稅單號碼、進口日期、報關日期、提單號碼、貨物數量、重量、完稅金額相同的情形，已如前述，是在陳立偉提供之進口報單、完稅證明有前述明顯變造或偽造之情形，東森公司或森森公司卻連核對正本、確認報單內所載項目內容是否有明顯違誤之查證動作均無，僅以其形式上有提出進口報單、完稅證明即信為真品，實難認此作為已盡其善良管理人之注意程度。

③又依陳立偉於刑案中陳稱：其在東森公司、森森公司販售之系爭手錶，是消費者下標後，接獲東森公司、森森公司通知，再以黑貓宅急便直接寄予消費者，商品不會經過東森公司、森森公司等語，雖與被上訴人所稱商品是由惟富等公司直接寄給消費者，該等商品從未寄存於東森公司之倉儲中，除於一開始審核商品後均未再經手任何商品等語相符。然依東森公司與供應商訂定之「商品寄售契約書」第5條，雙方約定關於消費者訂購之商品交貨可分為「入庫暫存」、「指示送達」及「特約」等3種方式；當東森公司要求供應商以「入庫暫存」及「特約」兩種方式交貨時，均要求供應商將商品直接送至其直接控管之物流中心（原審智附民22號卷一第119至142頁）。衡諸系爭手錶體積不大，並非不得請供應商將商品先交至東森公司、森森公司之物流中心存放，且以系爭手錶為國際精品、單價不低之情況下，東森公司、森森公司應可先要求惟富等公司將系爭手錶先送到公司物流中心，以資確認與供應商提出平行進口輸入商品之數量、品質與上架申請時提供檢驗之文件是否相符，而非僅在一開始審核惟富等公司所出具的切結書、進口報單資料後，即放任惟富等公司得另以自其他未知名來源取得商品直接出貨給消費者，致生損害消費者權益之風險。

④綜上，東森公司、森森公司雖非專業手錶製造及銷售商，而無自行判斷系爭手錶真偽之專業能力，惟其等就

確保供貨商所提供之商品非為侵害他人商標之仿冒品，既已建立應有之防免機制，並依規定要求惟富等公司提出進口報單、海關完稅證明、切結書等文件，然在廠商所提供進口報單文件有前述明顯偽變造之瑕疵情形，不但未予落實查證動作，且未依所售高單價精品之性質適時於上架前檢驗或於出貨予消費者前確認，尚難以此逕認其已盡到善良管理人之注意義務。

⑶被上訴人雖辯以：以目前實務對於提供實體或虛擬通路或購物平台業者之注意義務見解，應認東森公司、森森公司已盡善良管理人注意義務，且依數位通訊傳播法草案之精神，不負事前審查及事後監督之責，只要盡到「通知、取下」之責任即可免責云云。然查，東森公司、森森公司所建置之系爭購物網，其上資訊並不是供應商所發動或請求，而是東森公司、森森公司所自己設計刊載，其等不僅對於要刊登販售何種商品有決定權(標榜「東森嚴選」)，且其本身就是商品出賣人。因此，東森公司、森森公司對於販售之商品介入甚深，非僅提供中介服務而已，顯然東森公司、森森公司並非該草案所稱「數位通訊傳播服務提供者」。再者，單純提供網際網路中介服務之數位通訊傳播服務提供者，與本件東森公司、森森公司是以企業主之姿整合供應商，提供充足資訊與便利的介面，吸引消費者直接向東森公司、森森公司購買商品，兩者所獲取之營收利益顯有不同，對於商品交易過程的介入程度亦有極大差異，且消費者會購買系爭手錶，並非信賴陳立偉經營的惟富等公司，應是信賴東森公司、森森公司不會販售仿冒品，因此，東森公司、森森公司之銷售行為乃系爭商標侵權之行為人，並無從比照數位通訊傳播服務提供者，僅須要負通知、取下之責任即可，故被上訴人前開所辯，並不足取。

⑷綜上，本件東森公司、森森公司未盡善良管理人注意義務，而有侵害系爭商標之過失行為存在，其等自應對上訴

人負過失侵害商標權之責任，應堪認定。

(四)上訴人請求陳世志、廖尚文應依公司法第23條第2項規定，與東森公司、森森公司負連帶賠償責任，並無理由：

1.按民法第184條第1項前段、第185條規定之侵權行為，以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件；又公司法第23條第2項係規定，公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。故主張公司負責人應負侵權行為或公司法第23條第2項所定責任時，就公司負責人之故意或過失，或違反法令執行公司業務，應負舉證責任(最高法院105年度台上字第34號民事判決意旨參照)。

2.上訴人以陳世志、廖尚文分係東森公司、森森公司之負責人，卻怠於建立、落實足以有效確保公司商品非仿冒品之機制，主張二人執行職務顯有過失，且依公司法第23條第2項並不以負責人有無故意或過失為限，而請求該二人應與公司負連帶賠償責任等等。然查：

⑴在防免非法侵害他人商標權之外部機制方面，依東森公司、森森公司與供應商陳立偉等人簽訂之商品寄售契約書、切結書，均要求供應商應確保商品係依法報關進口課稅之真品，商品來源是經過合法管道取得，並保證商品非仿冒品，已如前述（第㈢、3.、⑵點）。又在內部機制方面，東森公司、森森公司亦訂有「精品配飾類商品送檢須知」（原審智附民22卷二第168頁），依該須知第貳點之精品類注意事項第3項規定，廠商如提供精品類商品，送樣至樣品倉時須提出真品平行輸入，由貿易或經銷商自行(平行)由產地進口(輸入)的商品文件證明「1.貨源的代理或經銷及進口報關。2.入海關的進口報關完稅單據。3.法務製作的真品保證書等相關資料。」；第9點規定錶類商品入樣品檢驗時，應於保證書及商品表中註明「機蕊製造商名稱、型號、產地及手錶本身之組裝地或產地。」，可見公司無論外部及內部方面，對於所銷售真品平行輸入之

精品類手錶商品，均訂有要求廠商查核來源及內部查驗流程相關機制，並非如上訴人所稱有怠於建立防免仿冒品機制之情形。

⑵依證人謝瑞晨之證述：伊有依照公司規範請廠商提供商品及相關文件，以精品為例，會請廠商提供真品切結書、進口報關單、完稅證明，因在進口報關單上會寫廠商的品牌名稱，如有問題，海關會把它擋下來，如果可以進口又已完稅，我們認為商品沒有問題，另如廠商有原廠授權書或總代理合約，也會請其一併提供，就伊所知，平行輸入商品並不會有原廠授權證明或經銷證明，品管部門主要係做品質檢查，及依照公司規定審核文件，沒有問題，就會請廠商在平台銷售，且公司有提供員工教育訓練，有制訂檢驗規範，我們品管人員就是按照公司的SOP檢驗，當初沒有發現陳立偉說手錶都是來自中國大陸，但提供的進口報單上是來自美國，有不一致等語（原審智附民22號卷三第202至206頁）。又參以東森公司、森森公司既非精品手錶之製造或專門代理商，本身並無判斷系爭手錶真偽之專業能力，且依商標法第75條第1項規定，海關執行職務時發現輸入之物品顯有侵害商標權之虞者，應通知商標權人及出口人，及海關緝私條例第39條之1亦明定對於報運之進口貨物，有非屬真品平行輸入之侵害商標權者，處貨價3倍以下之罰鍰並沒入其貨物之規定，則東森公司、森森公司在防免仿冒品之機制上，既已訂定檢驗規範要求銷售真品平行輸入之手錶商品廠商，應提供真品切結書、進口報關單、完稅證明等文件（平行輸入商品一般並無原廠授權書或總代理經銷合約）供查驗，並要求員工依照公司的SOP檢驗執行，復有提供員工教育訓練，據此實難謂東森公司、森森公司之負責人有如上訴人所指怠於設置查核機制之品管措施。

⑶至上訴人主張「精品配飾類商品送檢須知」不僅毫無功效，且未予落實，依前所述，本件確因公司查驗人員未據

實核驗陳立偉所提5張進口報單有於不同時間、針對不同商品提出的進口文件，重複使用稅單號碼、進口日期、報關日期、提單號碼、貨物數量、重量、完稅金額相同的情形，復未要求提供正本進行查驗，及未依高單價精品之性質予以適時檢驗，始造成本件侵害商標權結果，惟在公司執行該查驗過程之人員，在東森公司乃是由法務部門人員處理、森森公司則是由品管人員負責(原審智附民22卷三第85頁)，並非由公司負責人陳世志、廖尚文執行，亦即未落實公司所訂查核檢驗規範而有疏失，致侵害系爭商標權之人員乃東森公司、森森公司之員工，即應直接由公司負責，並非係負責人怠於建立防免仿冒品之機制，或是在執行職務時有故意、過失而違反法令行為所致。準此，上訴人主張陳世志、廖尚文有公司法第23條第2項規定之適用，應與東森公司、森森公司負連帶賠償責任，即屬無據。

(五)東森公司、森森公司對於上訴人應與陳立偉等人負連帶賠償責任，及上訴人請求損害賠償金額之計算：

1.按數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，民法第185條第1項前段定有明文。次按「商標權人對於侵害其商標權者，得請求損害賠償」、「商標權人對於因故意或過失侵害其商標權者，得請求損害賠償。」99年商標法第61條第1項前段、101年商標法第69條第3項分別定有明文。本件東森公司、森森公司販售陳立偉等人提供之系爭手錶而侵害上訴人系爭商標權，且未盡善良管理人注意義務而有過失存在，已如前述，並為造成上訴人所生損害之共同原因，亦即行為關聯共同，自應依上開規定，與陳立偉等人對於上訴人負連帶賠償責任。

2.按「商標權人請求損害賠償時，得就下列各款擇一計算其損害：二、依侵害商標權行為所得之利益；於侵害商標權者不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項商品全部收入為所得利益。三、就查獲侵害商標權商品之零售單價五百倍至

一千五百倍之金額。但所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額。」99年商標法第63條第1項第2、3款定有明文，101年商標法僅將之移至第71條第1項第2、3款，並將第3款之500倍下限刪除。其中第3款係為減輕商標權人之舉證責任，而以推估商標侵權人實際製造、銷售商品之件數定其倍數，所擬制之法定賠償額。又所謂查獲侵害商標權商品，不以經扣押為必要(最高法院109年度台上字第2370號判決參照)。且所謂零售單價，係指侵害他人商標專用權之商品實際出售之單價而言。本件上訴人主張依上開第2款、第3款，擇一高者為有利上訴人之判決，茲依上訴人之主張審酌計算如後。

3.依商標法第71條第1項第2款計算之損害賠償金額：

⑴上訴人主張應依被上訴人於本件刑事偵查中所提「惟富BURBERRY銷售明細（森森公司）」、「惟富銷售明細（東森公司）」(原證10、11，北院智簡附民7卷第201、202頁)及「閎泰BURBERRY銷售明細」、「寅彩銷售明細」等資料（本院重附民上卷一第279、280頁）所示銷售金額（同原審判決附表六之金額，合計為74,614,204元）計算所得利益等情，為被上訴人所否認，並抗辯應以更一審所提被上證6、7之平台銷售資料（更一審卷二第411至413頁）、更二審所提附表1乙證4、5所示平台實際銷售資料（更二審卷二第235至237頁、第319至321頁），並應扣除其上所載分期手續費、客服成本、行政處理費、上架費用等行政成本必要費用計算等語(更二審卷三第152至159頁)。

⑵惟富公司部分：

①依東森公司、森森公司前於偵查中所提「惟富BURBERRY銷售明細（森森公司）」、「惟富銷售明細（東森公司）」所示，惟富公司於東森公司銷售總金額為23,737,399元、於森森公司銷售總金額為32,012,607元，惟因該明細僅有銷售金額、數量等數字，並無手錶型號可

供辨認，無從認定確係其銷售侵害系爭商標手錶之金額，尚難僅以作為計算依據。而依被上訴人更二審所提乙證4、5平台實際銷售資料所示，不僅含有系爭手錶之型號可供比對，亦有標明退貨數量，且銷售手錶之總數量（含退貨）及金額均較其先前在更一審所提被上證6、7之平台銷售資料為多，相較於前揭惟富銷售明細，應較可採。故依被上訴人更二審所提乙證4、5平台實際銷售資料所示，惟富公司於東森公司銷售總金額為13,989,008元、於森森公司銷售總金額為25,296,139元。

②又依東森公司、森森公司與惟富等公司之合作模式，係消費者於東森公司、森森公司下標購買後，錢匯入該等公司，該等公司則以月結方式與惟富等公司分攤獲利，該等公司會抽零售價的百分之20至25左右等情，業經陳立偉於原審以證人身分證述明確（原審智附民22號卷二第240頁及背面），可見東森公司、森森公司本身銷售系爭手錶所得利益，尚應扣除給付予惟富等公司之「廠商成本」。故於扣除被上訴人更二審所提乙證4、5平台實際銷售資料所列之廠商成本後，東森公司就惟富公司銷售部分所得利益為3,827,136元（13,989,008－10,161,872＝3,827,136元）；森森公司就惟富公司銷售部分所得利益為7,784,058元（25,296,139－17,512,081＝7,784,058元）。

⑶閎泰、寅彩公司部分：

①依被上訴人所提「閎泰BURBERRY銷售明細」、「寅彩銷售明細」等資料（本院重附民上卷一第279、280頁），閎泰公司於東森公司銷售總金額為9,780,198元、於森森公司銷售總金額為8,804,952元；寅彩公司於森森公司銷售總金額為279,048元，此與其更一審所提被上證6、7之平台銷售資料（更一審卷二第411至413頁）相較，除閎泰公司於東森公司之金額較上訴人主張多1元（上訴人主張9,780,198元，被上訴人認係9,780,199

元）外，其餘均與上訴人主張相同，故依有利於被上訴人之認定，自應以上訴人之主張銷售總金額為計算基礎。

②又依前述，東森公司、森森公司本身銷售手錶所得利益，尚應扣除給付予惟富等公司之「廠商成本」，故以被上訴人於更一審所提被上證6、7之平台銷售資料計算，東森公司就閎泰公司銷售部分所得利益為2,749,189元（9,780,198－7,031,009＝2,749,189）；森森公司就閎泰公司銷售部分所得利益為2,740,339元（8,804,952－6,064,613＝2,740,339）、就寅彩公司銷售部分所得利益為82,548元（279,048－196,500＝82,548）。

⑷東森公司、森森公司銷售過程產生之行政費用（分期手續費、客服成本、行政處理費、上架費）均不應扣除：

被上訴人雖主張除廠商成本之外，尚應扣除銷售過程產生之行政費用，即「分期手續費」、「客服成本」、「行政處理費」、「上架費」等必要費用云云。然因本款所稱之「成本」及「必要費用」，應僅限於侵權行為人為銷售侵權產品所投入之直接成本及必要費用，而不能一概將侵權行為人經營事業所花費之人事成本等其他間接成本與相關費用全部納入，否則無疑是令受害人幫侵權人分擔經營事業之花費，顯非事理之平。經本院審酌「分期手續費」是東森公司、森森公司因提供消費者以分期方式購物而須支出之手續費，該費用與消費者若以刷卡方式購物，商家須支付銀行「刷卡手續費」道理相同，該費用與侵害商標權並無直接關聯，不得扣除；「客服成本」是東森公司、森森公司之人事成本，非屬必要費用，不得扣除；又「行政處理費」及「上架費」為公司行政費用，乃間接費用，亦不得扣除。因此，被上訴人主張應扣除上開費用，均不足採。

⑸至上訴人雖主張東森公司、森森公司給付予惟富等公司之廠商成本，僅為其等內部分擔問題，不得作為損害賠償金

額之減項，於所得利益中扣除等等。然查，本款計算損害賠償之基礎既為「依侵害商標權行為所得之利益」，自應以各個侵權行為人在其侵害行為中所實際獲得之利益為何作為計算基礎，既然東森公司、森森公司向消費者收取款項後，扣除部分成數即將其餘款項交付給惟富等公司，則其侵害系爭商標權所獲得之利益，當然不會是向消費者所收取之全部銷售金額，而是其實際取得之利益，因此東森公司、森森公司給付之廠商成本自應於計算所得利益時扣除，此與連帶債務人間內部約定應如何分擔不同，故上訴人上開主張容有誤會，並不足採。

⑹綜上，東森公司就惟富公司銷售部分所得利益為3,827,136元，就閎泰公司銷售部分所得利益為2,749,189元；森森公司就惟富公司銷售部分所得利益為7,784,058元，就閎泰公司銷售部分所得利益為2,740,339元，就寅彩公司銷售部分所得利益為82,548元。

4.依商標法第71條第1項第3款計算之損害賠償金額：

⑴依被上訴人更二審所提附表一乙證4、5平台實際銷售資料所示，惟富公司於東森公司之銷售數量為2,225支（含退貨數量）、於森森公司銷售數量為2,161支（含退貨數量）。雖上訴人主張應以被上訴人於刑事偵查中所提「惟富BURBERRY銷售明細（森森公司）」、「惟富銷售明細（東森公司）」（原證10、11）所列2,253支、2,491支為計算，然因該銷售明細未載明手錶之型號，並無從確認均為侵害系爭商標之手錶，已如前述，且上訴人亦未能提出其他證據證明該數量為正確，故惟富公司之銷售數量應分別以2,225支、2,161支為準。

⑵又依被上訴人所提「閎泰BURBERRY銷售明細」、「寅彩銷售明細」等資料所示，閎泰公司於東森公司銷售數量為603支，於森森公司銷售數量為898支，而寅彩公司於森森公司之銷售數量為25支，此與上訴人主張之銷售數量相同，且為兩造所不爭執，堪認屬實。

⑶查惟富公司於東森公司之銷售數量為2,225支、於森森公司銷售數量為2,161支，均已逾1500件，故上訴人主張應依101年商標法第71條第1項第3款但書以其總價定賠償金額，核屬有據，即無須再依同款本文規定計算。而有關系爭手錶之零售單價，上訴人主張係以其於原審所提的附表4至8為據，然經被上訴人於原審提出零售單價數據後，上訴人於原審已同意以被上訴人所提之零售單價為據（見原審智附民22號卷三第106頁背面），因此，依被上訴人所提出之零售單價為基礎（同上卷第259至263頁）計算如下：

①惟富公司提供予東森公司販賣2,225支系爭手錶之賠償額為22,934,190元(計算式：《型號BU7600》296支×11,800元＋《型號BU4210》1347支×9,900元＋《型號BU7600》294支×11,800元＋《型號BU1379》271×8,900元＋《型號BU1565》17支×11,800元＝22,934,190元）。

②惟富公司提供予森森公司販賣2,161支系爭手錶之賠償額為28,458,819元(計算式：《型號BU1377》297支×7,999元＋《型號BU4210》446支×9,990元＋《型號BU1358》38支×11,700元＋《型號BU1359》38支×11,700元＋《型號BU1358、59對錶》174支×19,700元＋《型號BU1379》144支×7,999元＋《型號BU1770、1771》1024支×15,780元＝28,458,819元）。

⑷次查，閎泰公司於東森公司銷售數量為603支，於森森公司銷售數量為898支，寅彩公司於森森公司之銷售數量為25支，均未超過1500件，上訴人固主張依第3款本文規定以查獲侵害商標權商品零售單價之1500倍金額計算，考量系爭商標為國際家喻戶曉之知名精品及商標，旗下商品價位動輒上萬元，及被上訴人銷售之時間非短，影響商標權人之權益非輕，並斟酌系爭手錶除有上訴人系爭商標外，其外觀造型、表面設計等，均有不同，消費者選購時除觀察有無系爭商標外，亦會參考手錶之材質、外觀設計、商品

價值，並非僅以系爭商標為唯一考慮因素，及上訴人與東森公司、森森公司之經營規模、系爭手錶之價格、本件係過失侵害商標之情節等一切情形，認應以其零售單價之700倍計算為當。以此計算如下：

①閎泰公司提供予東森公司販賣603支系爭手錶之賠償額為12,243,700元〔計算式：（《型號BU1350》75支×11,800元＋《型號BU1351》96支×11,800元＋《型號BU1350、51對錶》429支×19,800元＋《型號BU7600》3支× 11,700元＝9,780,199元）除以603支得其平均零售價格為17,491元（小數點後四捨五入），再乘上700倍即為12,243,700元〕。

②閎泰公司提供予森森公司販賣898支系爭手錶之賠償額為6,359,500元〔計算式：（《型號BU1377》636支×7,999元＋《型號BU4213》54支×11,800元＋《型號BU7600》208支× 11,700元＝8,158,164元）除以898支得其平均零售價格為9,085元（小數點後四捨五入），再乘上700倍即為6,359,500元〕。

③寅彩公司提供予森森公司販賣25支系爭手錶之賠償額為8,260,000元〔計算式：（《型號BU1565》4支×11,800元＋《型號BU1572、1574》21支× 11,800元＝295,000元）除以25支得其平均零售價格為11,800元，再乘上700倍即為8,260,000元〕。

⑸綜上，本款上訴人得主張東森公司銷售惟富公司系爭手錶之賠償額為22,934,190元，銷售閎泰公司系爭手錶之賠償額為12,243,700元；森森公司銷售惟富公司系爭手錶之賠償額為28,458,819元，銷售閎泰公司系爭手錶之賠償額為6,359,500元，銷售寅彩公司系爭手錶之賠償額為8,260,000元。

5.經比較後，上訴人依101年商標法第71條第1項第3款規定計算賠償金額較高，對於上訴人最有利，是以，上訴人主張東森公司就惟富公司銷售部分應賠償22,934,190元、就閎泰公

司銷售部分應賠償12,243,700元；森森公司就惟富公司銷售部分應賠償28,458,819元、就閎泰公司銷售部分應賠償6,359,500元、就寅彩公司銷售部分應賠償8,260,000元，即非無據。

6.惟按商標權人依商標法第69條第3項規定請求損害賠償，倘仍須依一般侵權行為之法則，證明侵害人所得之利益或商標權人所受之損害，舉證頗為困難，致不易獲致實益，不足以發揮抑制仿冒效果，同法第71條第1項各款乃特別列舉其損害賠償金額之計算方式，並於同條第2項賦予法院就該法定賠償額有酌減之權限，以符合衡平原則。此為民法損害賠償之特別規定，且將民事訴訟法第222條第2項法院應審酌之情況予以具體化，自應優先適用（最高法院109年度台上字第2159號民事判決參照）。又侵權行為損害賠償請求權，係在填補被害人之實際損害，而非更予以利益，審酌上訴人依第71條第1項第3款規定計算賠償金額雖然較高，惟此乃為擬制規定，並非東森公司、森森公司之實際獲利，與本件東森公司、森森公司實際銷售所得利益（同條項第2款計算之賠償金額）相較，顯有不相當之情事，參以東森公司、森森公司為過失侵害系爭商標，並非故意，且相較於陳立偉等人之侵害情節較輕，是以本院認應依101年商標法第71條第2項予以酌減，上訴人主張其請求未違反衡平原則，不適用酌減賠償金額之規定，並不可採。故經酌減後之賠償金額應以同條項第2款計算之賠償金額為準，即東森公司就惟富公司銷售部分得請求3,827,136元、東森公司就閎泰公司銷售部分得請求2,749,189元；森森公司就惟富公司銷售部分得請求7,784,058元、森森公司就閎泰公司銷售部分得請求2,740,339元、森森公司就寅彩公司銷售部分得請求82,548元，至上訴人逾此部分範圍之請求，即屬無據。

7.綜上，本件森森公司於侵害系爭商標後，已於106年5月被東森公司合併而消滅，東森公司為存續公司，故其對於上訴人所負損害賠償責任自應由東森公司承擔，又東森公司對於上

訴人應與陳立偉、惟富公司、閎泰公司及寅彩公司等負連帶賠償責任，已如前述，且上訴人就金錢給付部分，請求自102年12月25日(即擴張訴之聲明及追加被告狀送達被上訴人翌日，見原審智附民22號卷一第5至8頁)起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，核屬有據。是以，上訴人請求：㈠東森公司（原森森公司）應與陳立偉、惟富公司連帶給付原判決第二項命給付上訴人7,784,058元，及自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。㈡東森公司應與陳立偉、惟富公司連帶給付原判決第二項命給付上訴人3,827,136元，及自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。㈢東森公司（原森森公司）應與陳立偉、閎泰公司連帶給付原判決第三項命給付上訴人2,740,339元，及自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。㈣東森公司應與陳立偉、閎泰公司連帶給付原判決第三項命給付上訴人2,749,189元，及自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分。㈤東森公司（原森森公司）應與陳立偉及寅彩公司連帶給付原判決第四項命給付上訴人82,548元，及自102年12月25日起至清償日止，按年息5%計算利息之部分，均核屬有據，應予准許。至上訴人對於廖尚文、陳世志二人請求連帶給付及逾上開金額範圍之請求，均屬無據，不應准許。

(六)上訴人對於防止東森公司侵害系爭商標之請求，核屬有據：

1.按商標權人對於侵害其商標權者，得請求除去之；有侵害之虞者，得請求防止之，101年商標法第69條第1項亦有規定（99年商標法第61條第1項亦有相同規定）。所謂有侵害之虞，係指侵害雖未發生，就現在既存之危險狀況加以判斷，其商標權有被侵害之可能，而有事先加以防範之必要而言，不以侵害人主觀上有故意或過失為要件（最高法院103年度台上字第2040號判決意旨參照）。

2.查本件東森公司、森森公司因販賣系爭手錶而侵害上訴人之系爭商標，既有過失侵害商標權之行為，森森公司已為東森

公司合併，是上訴人依上開規定，請求東森公司不得販賣未經上訴人同意使用相同或近似於系爭商標之手錶，為有理由，自應准許。至廖尚文、陳世志並非實際侵權行為人，亦無須依公司法第23條第2項負連帶賠償責任，已如前述，上訴人對於廖尚文、陳世志二人請求防止侵害之部分，自屬無據，應予駁回。

(七)上訴人請求東森公司應負擔費用將判決書登報，為有理由：

1.按商標權人得請求由侵害商標權者負擔費用，將侵害商標權情事之判決書內容全部或一部登載新聞紙，99年商標法第64條定有明文。又民法第195條第1項亦有規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」上開條文均屬被害人請求為回復信譽之處分，其方法及範圍如何方為適當，法院應參酌被害人之請求及其身分、地位、被害程度等各種情事而為裁量。所謂適當之處分，應係指該處分在客觀上足以回復被害人之信譽，且屬必要者而言。又上開規定涉及法院對回復名譽之處分，而有限制加害人不表意自由之情形，應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第23條所定之比例原則。

2.本院審酌東森公司、森森公司為國內知名電視購物平台業者，對於消費者而言，應具有相當知名程度之形象及地位，於販售國際知名品牌商品時，理應盡其善良管理人注意義務，嚴加確認供貨人之產品來源，以確保消費者不會購入未經商標權人授權之仿冒品，且就其企業規模而言，盡此查證義務並不困難，竟疏未落實應有之查驗機制，而透過電視購物台及系爭購物網販賣侵害系爭商標之手錶，且全部販售數量高達數千支，已影響消費者權益，並對上訴人之商譽及收益影響甚鉅，並考量上訴人之系爭商標為國際知名商標，被上訴人之過失程度、上訴人所受損害等，認客觀上有登報公

示社會大眾之必要性，以回復上訴人之商譽，並收警惕或抑止第三人嗣後侵害系爭商標之效果。故認上訴人請求東森公司（含合併前之森森公司）應負擔費用，將本件最後事實審判決書之標題、案號、當事人、案由及主文內容，以新細明體10號字體刊登於聯合報頭版版頭1日，核屬有據，並有必要，被上訴人抗辯上訴人並未因此影響商譽，其請求財產上損害賠償已足填補所受損害云云，而否認有登報之必要性，並不足採。至於陳世志、廖尚文並非實際侵權行為人，亦無公司法第23條第2項規定適用，均如前述，是以上訴人請求陳世志、廖尚文二人共同負擔費用刊登判決，為無理由，應予駁回。

六、綜上所述，本件上訴人請求東森公司（含原森森公司）應連帶賠償前開損害金額及利息部分（前揭第㈤、7.點）、防止侵害部分（前揭第㈥點）及所為追加之訴即請求東森公司應負擔費用將判決書部分內容登載聯合報頭版部分（前揭第㈦點），均屬有據，應予准許，惟逾此範圍之請求為無理由，應予駁回。從而，原審就上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決（追加之訴除外），並駁回其假執行之聲請，容有未合，上訴人指摘原判決此部分不當，求為廢棄，及其所為追加之訴，核屬有據，自應由本院改判或判決如主文所示，並就金錢給付部分，依兩造聲請為准許或免為假執行之宣告。至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，核無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回，併駁回上訴人該部分假執行之聲請。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法和未經援用之證據，經本院審酌後認對判決結果不生影響，爰不一一論列。至被上訴人主張倘若上訴人專屬授權系爭商標予FOSSIL公司，則該公司行使商標權期間，上訴人即無權提起本件訴訟，請求法院命上訴人提出相關授權資料等語(更二審卷三第101至102頁)。然此為被上訴人於爭點整理後逾時提出之

攻擊防禦方法，且其未釋明有因不可歸責之事由而不能於準備程序提出，顯係延滯訴訟，核無調查之必要，附此敘明。

八、結論：本件上訴為一部有理由、一部無理由，依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第490條，民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第2項、第390條第2項、第392條第2項規定，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　17　　日

智慧財產第一庭

審判長法　官　蔡惠如

法　官　陳端宜

法　官　吳俊龍

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，應另附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　25　　日

書記官　蔣淑君

附註：

民事訴訟法第466條之1(第1項、第2項)

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。